Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Von Kurt Lüer.

DAS SELBSTKONTRAHIEREN DES STELLVERTRETERS

NACH § 181 DES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

HOHEN JURISTENFAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

KURT LÜER

REFERENDAR.

HALBERSTADT.
LOUIS KOCH, GRAPHISCHE KUNST-ANSTALT
1910.

Referent: Professor Dr. **Matthiaß.**

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0072

Literatur.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. II. Teil 1884.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. I. Bd. 1886.

Böckelmann, Stellung des B. G. B. zur Frage des Selbstkontrahierens. Diss. Erlangen 1898.

Boehm, Das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters. Diss. Greifswald 1903.

Biermann, Bürgerliches Recht. Allg. Teil. 1908.

Cohen, Das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters. Diss. Rostock 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1900.

Dernburg, Preußisches Vormundschaftsrecht. 2. Aufl. 1886.

Dernburg, Die allgem. Lehren des bürgerlichen Rechts. I Bd. 1902.

Eck, Besprechung: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht, von Dr. Max Rümelin, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 39.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. I. Bd. 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1908.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. 1906.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. 1. Aufl. I. Bd. 1887.

Gareiß, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Harburger, Konkursordnung. 2. Aufl. 1907.

Hölder, Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil. 1900.

Hupka, Die Vollmacht. 1900.

v. Keller, Pandekten. 2. Aufl. 1866/7.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. II. Bd. 1901.

Leonhard, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen. Allg. Teil. 1900.

Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs. 1883.

Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 1901.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.

Meißels, Besprechung: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht von Dr. Max Rümelin, in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 18.

Meißner, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1898.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. 1885.

Muskat, Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 33.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Aufl. 1908.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1903.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. 1899.

Römer, Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst, in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 19.

Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1888.

Ruhstrat, Ueber einige wichtige Grundsätze der negotiorum gestio, in Iherings Jahrbüchern. Bd. 27.

Salman, Die duplex persona im Handels-, See- und Wechselrecht, in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 41.

Savigny, Das Obligationenrecht. 1853.

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. 1900/02.

Schmidt, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht und dem Recht des B. G. B. Diss. Greifswald 1904.

Siebert, Kann nach gemeinem Rechte der Stellvertreter mit sich selbst kontrahieren? Diss. Erlangen 1896.

Sohm, Institutionen. 12. Aufl. 1905.

Sprinz, Das Selbstkontrahieren des Vertreters. Diss. Erlangen 1907.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1906.

Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch. 3./4. Aufl. 1907.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. II. Bd. 1900.

Stoffeinteilung.

I. Teil.

Seite

§ 1. Begriff des Selbstkontrahierens des Stellvertreters . . 8

§ 2. Ist das Selbstkontrahieren des Stellvertreters juristisch möglich und aus rechtspolitischen Gründen zulässig? 12

§ 3. Die Stellungnahme des positiven Rechts: 21
a) des römischen Rechts;
b) des gemeinen Rechts.

II. Teil.

§ 4. Das B. G. B. erklärt im § 181 das Selbstkontrahieren des Stellvertreters prinzipiell für unzulässig. 27

§ 5. Anwendungsgebiet des § 181 28

§ 6. Die beiden Ausnahmefälle 30
a) „Soweit ihm nicht ein anderes gestattet ist“;
b) „Es sei denn, daß das Rechtsgeschäft lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.“

§ 7. Das Wesen des vom Vertreter mit sich selbst geschlossenen Vertrages: 38
a) Es liegt ein wirklicher Vertrag vor;
b) Derselbe muß jedoch äußerlich in Erscheinung treten.

§ 8. Die Wirkung eines Verstoßes gegen § 181 41

I. Teil.

§ 1.

Begriff des Selbstkontrahierens des Stellvertreters.

Um zu erklären, was wir unter dem Selbstkontrahieren des Stellvertreters verstehen, müssen wir zunächst auf den Begriff der Stellvertretung eingehen. Während das gemeine Recht zwischen der direkten und der indirekten Stellvertretung schied, versteht das Bürgerliche Gesetzbuch unter „Vertretung" nur noch die direkte Stellvertretung, und wie wir später sehen werden, beziehen sich auch unsere Abhandlungen nur auf diese.

Der indirekte oder mittelbare Stellvertreter handelt im eigenen Namen für fremde Rechnung, d. h. die Wirkungen des vom indirekten Stellvertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfts treten in der Person des Stellvertreters ein, und dieser überträgt sie dann durch einen zweiten Akt von sich auf den Vertretenen. Manche[1]) wollen aus diesem Grunde keinen Unterschied zwischen der indirekten Stellvertretung und der Vornahme zweier gesonderter Rechtsgeschäfte anerkennen. Dieser Ansicht dürfte jedoch darum nicht beizustimmen sein, weil eben der indirekte Stellvertreter von Anfang an bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes den Willen hat, die Rechte und Pflichten, die zwar durch das Rechtsgeschäft zuerst in seiner Person begründet werden, auf den Vertretenen zu übertragen. Ohne diesen Willen, der zwar äußerlich nicht hervortritt, wird der indirekte Stellvertreter niemals handeln; bei den zwei gesonderten Rechtsgeschäften, die allerdings zusammen

[1]) So Schloßmann S. 374.

dieselbe Wirkung wie die indirekte Stellvertretung haben können, wird bei der Vornahme des ersten Rechtsgeschäftes dieser Wille regelmäßig fehlen. Die Wirkungen des Rechtsgeschäftes treffen also bei der indirekten Stellvertretung denjenigen, welcher dasselbe auch vorgenommen hat, und es ist daher kein Zweifel, daß die Person des Vertreters, nicht etwa die des Vertretenen maßgebend ist.

Anders liegt es bei der direkten oder unmittelbaren Stellvertretung. Der direkte Stellvertreter handelt im fremden Namen und für fremde Rechnung. Er will, daß die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von Anfang an den Vertretenen treffen, ohne ihn zu berühren. Er muß diesen Willen erkennen lassen, weil nicht er, sondern der Vertretene Partei ist. Da hier die Wirkungen des Rechtsgeschäftes in der Person desjenigen eintreten, der äußerlich das Geschäft garnicht vorgenommen hatte, entstand Streit darüber, wer eigentlich der Handelnde sei, der Vertretene oder der Vertreter. Wir haben hier nun drei Theorien zu scheiden.

Die erste Theorie stellte Savigny[2]) auf und lehrte, der Handelnde ist lediglich der Vertretene; der Vertreter ist nur Organ des Vertretenen, dessen Willen er erklärt. Er vertritt den Handelnden nur in der Erklärung, nicht aber im Willen. Diese Theorie erklärt zwar, weshalb die Wirkungen in der Person des Vertretenen eintreten; sie reicht aber nicht aus für die gesetzliche Vertretung, wo ein geschäftsfähiger Vertretener fehlt, und bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht, wo der Vertretene garnichts von der Vornahme des Rechtsgeschäfts weiß; diese Theorie ist darum heute völlig aufgegeben.

Eine zweite Theorie vertrat vor allem Mitteis[3]). Nach dieser handelt jeder soweit, als sein Wille für die abgegebene Erklärung bestimmend war. Diese Theorie erklärt weder in zufriedenstellender Weise, warum die Wirkungen lediglich den Vertretenen treffen, noch ist sie aus den gleichen Gründen wie oben ohne Einschränkung auf die gesetzliche Vertretung und die Vertretung ohne Vertretungsmacht anzuwenden. Außerdem hat sie wie die erste Theorie den Mangel, daß sie den Unterschied zwischen Boten und direkten Stellvertretern verwischt.

---

[2]) Savigny II S. 19 ff.
[3]) Mitteis S. 110 ff.

Die heute herrschende[4]), auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannte Theorie ist die sog. Repräsentationstheorie. Nach dieser kommt für die Vornahme des Rechtsgeschäfts lediglich die Person und der Wille des Vertreters in Betracht, der auch äußerlich für den Vertretenen handelt; er ist nicht nur Vertreter in der Erklärung, sondern auch Vertreter im Willen. Der Vertreter gibt seinen Willen kund in der Absicht, nicht die Wirkungen in seiner Person zu begründen, sondern in der Person desjenigen, den er vertritt. Er leitet seine Willensmacht bei der gesetzlichen Vertretung vom Gesetz, bei der rechtsgeschäftlichen vom Vollmachtgeber her. Auf der einen Seite ersetzt er kraft Gesetzes, auf der anderen kraft Vereinbarung den Willen des Vertretenen durch den seinigen, um jenen direkt zu berechtigen und zu verpflichten; hierdurch erklärt sich auch, daß die Wirkungen des Rechtsgeschäftes unmittelbar den Vertretenen treffen. Diese Erklärung paßt im Gegensatz zu den beiden ersten Theorien auch für den gesetzlichen Vertreter und den Vertreter ohne Vertretungsmacht. Außerdem scheidet die Repräsentationstheorie scharf zwischen Stellvertreter und Boten insofern, als der Bote nur den Willen des Vertretenen erklärt und übermittelt, also nur Werkzeug ist, während der direkte Stellvertreter seinen eigenen Willen erklärt.

Wir sehen also, daß bei beiden Arten der Stellvertretung der Vertreter und nicht der Vertretene handelt; daß der Vertreter vermöge seines Willens das Rechtsgeschäft vornimmt. Beiden Arten ist das Handeln für einen anderen gemeinsam, d. h. sowohl der direkte als auch der indirekte Vertreter hat den sog. „Vertretungswillen“[5]). Daneben haben beide aber auch den Willen nicht nur einen bestimmten Erfolg[6]), sondern auch eine bestimmte Rechtswirkung herbeizuführen, nämlich die, daß die aus dem Rechtsgeschäfte entstehenden Rechte und Pflichten, mittelbar oder unmittelbar, auf den Vertretenen übertragen werden; diesen Willen nennen wir den „Erfolgswillen“[7]). Diese beiden Willen sind nun

[4]) Sie wird u. a. vertreten von Planck I, S. 283, Hupka S. 40, Endemann S. 398, Enneccerus S. 423.

[5]) Manigk S. 314.

[6]) cf. Schloßmann II S. 18.

[7]) Manigk S. 21.

nicht etwa zwei verschiedene Willensentschlüsse, vielmehr bilden sie den einen alleinigen Willen des Vertreters. — Nach diesen Untersuchungen kommen wir dazu, als Vertreter denjenigen zu bezeichnen, welcher vermöge seines Willens für einen andern durch die Vornahme eines Rechtsgeschäftes einen Rechtserfolg herbeiführt. Diese Vertretung ist nun überall möglich außer bei den höchst persönlichen Geschäften. Naturgemäß wird sie am häufigsten da vorkommen, wo der Vertretene dritten Personen gegenüber tritt, so bei den empfangsbedürftigen, einseitigen Rechtsgeschäften und den Verträgen. Im allgemeinen wird also das Wesen der Vertretung darin bestehen, daß jemand bei der Vornahme von Rechtsgeschäften das Interesse einer anderen Person nach außen hin vertritt und für diese Rechtswirkungen herbeiführt, wenn sie ihr Interesse nicht selbst vertreten will oder kann[8]).

Nachdem wir so das Wesen der Stellvertretung klar gelegt haben, wäre auf das „Selbstkontrahieren" des Stellvertreters näher einzugehen. Während wir heute unter Kontrakt nur einen Vertrag verstehen, gebrauchte das römische Recht den Ausdruck „contrahere" sowohl für den Abschluß von Verträgen als auch für die Vornahme von empfangsbedürftigen, einseitigen Rechtsgeschäften; so spricht die l 66 Dig de sol. 46,3 bei der solutio indebiti von einem contrahere, obwohl andrerseits in der l 5 § 3 Dig de obl. et act. ausdrücklich erklärt wird, daß die solutio indebiti kein Vertrag sei, sondern es sich hier wohl um ein einseitiges empfangs bedürftiges Rechtsgeschäft handelt[9]). In dieser weiteren Bedeutung wollen wir das Wort „Kontrahieren" auch in der Zusammensetzung „Selbstkontrahieren des Stellvertreters" verstehen[10]). Da diese Bedeutung

[8]) So auch Boehm S. 15, dagegen spricht sich Hupka S. 3 dahin aus, daß ein Interesse des Vertretenen, welches der Vertreter wahrnimmt, nicht zum Wesen der Stellvertretung gehöre.

[9]) So auch Hupka S. 300 und Böhm S. 16; ähnlich Sohm S. 403.

[10]) Diese Frage wird von vielen für das gemeine Recht garnicht berücksichtigt; während Hupka S. 259 diese beiden Fälle unter dem Oberbegriff „Doppelvertretung" zusammenfaßt und unter Selbstkontrahieren nur das Vertragschließen mit sich selbst verstehen will, wird unsere Ansicht auch von Boehm S. 17 vertreten. Sie ist, wie wir unten sehen werden, auch für das Bürgerliche Gesetzbuch die maßgebende und verdient schon darum den Vorzug.

sich mit dem heutigen Sprachgebrauch nicht völlig deckt, empfiehlt es sich auch nur von einem „sogenannten" Selbstkontrahieren des Stellvertreters zu sprechen. — Ganz allgemein versteht man unter Selbstkontrahieren die Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst innerhalb zweier Rechtssphären. In dem speziellen Selbstkontrahieren des Stellvertreters sind nun zwei Fälle enthalten, nämlich einmal der, daß der Vertreter bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts auf der einen Seite als Vertreter auf der andern als Eigenperson handelt, und zweitens gehört hierher noch der Fall, daß der Vertreter sowohl für A als auch für B Vertreter ist und auf der einen Seite für A und auf der anderen für B auftritt. Wie wir oben gesehen haben, besteht das Wesen der Vertretung darin, für einen andern gegenüber Dritten ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, die Interessen des andern Dritten gegenüber wahrzunehmen. Selbstkontrahierender Vertreter ist somit derjenige, welcher für einen andern in dessen Interesse ein Rechtsgeschäft mit sich selbst als Eigenperson oder als Vertreter eines Dritten vornimmt.

§ 2.

Ist das Selbstkontrahieren des Stellvertreters juristisch möglich und aus rechtspolitischen Gründen zulässig?

Nachdem wir so den Begriff des Selbstkontrahierens des Stellvertreters klargelegt haben, müssen wir untersuchen, ob das Selbstkontrahieren des Stellvertreters juristisch möglich und aus rechtspolitischen Gründen zulässig ist. Daß außerhalb der Stellvertretung zunächst ein Selbstkontrahieren juristisch unmöglich ist, wird von keiner Seite bestritten. Niemand kann mit sich selbst einen obligatorischen Vertrag in der Art abschließen, daß er auf beiden Seiten als Eigenperson auftritt. Die Wirkung des obligatorischen Vertrages besteht gerade darin, daß die eine Partei Rechte erwirbt, und die andere Verpflichtungen eingeht. Nun ist es aber undenkbar, daß ich von mir selbst Rechte, die ich bereits habe erwerbe und auf der anderen Seite gegen mich selbst Verpflichtungen auf mich nehme. Ebensowenig kann jemand von sich selbst ein dingliches Recht z. B. das Eigentum erwerben; denn die Voraussetzung der Erwerbsmöglichkeit ist doch die, daß man den zu erwerbenden Gegenstand noch nicht hat. Ferner

kann ich grundsätzlich an einer mir gehörigen Sache ein das Eigentum einschränkendes Recht nicht erwerben; denn es ist ein innerer Widerspruch, daß ich über eine Sache, über welche ich bereits die Totalherrschaft habe, auch noch eine partielle Herrschaft bekomme[11]). Aus diesen Argumentationen kann nun allerdings nur gefolgert werden, daß beim Kontrahieren mit sich selbst die Wirkungen eines Vertrages nicht eintreten können; ob überhaupt ein Vertragsabschluß mit sich selbst möglich ist, muß sich aus dem Begriffe des Vertrages ergeben. Nach der Definition der Digesten[12]) ist der Vertrag ein duorum pluriumve in idem placitum et consensus, d. h. die Willenseinigung zweier oder mehrerer Personen. Voraussetzung für einen Vertrag ist also, daß mindestens zwei Willen in Tätigkeit treten und in einem Punkte zusammentreffen und sich einigen. Jeder dieser Willen bezieht sich auf eine gesonderte Rechtssphäre; es ist also zum Vertragsabschluß erforderlich, daß sich die für zwei gesonderte Rechtssphären maßgebenden Willen einigen. Wenn nun bei einem Vertragsabschluß jemand auf beiden Seiten als Eigenperson auftritt, so berührt er hierdurch nur immer seine eigene Rechtssphäre, und hinsichtlich dieser einen Rechtssphäre ist auch nur ein Wille denkbar. Es fehlt somit die erforderliche Einigung zweier Willen, und daher ist auch ein Vertragsabschluß mit sich selbst als Eigenperson außerhalb der Stellvertretung unmöglich[13]). Mithin sind also nicht nur die Vertragswirkungen, sondern auch der Vertragsabschluß beim Selbstkontrahieren außerhalb der Stellvertretung juristisch undenkbar. Ebenso verhält es sich mit der Vornahme von einseitigen, empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften; auch da fehlt es an einer zweiten Rechtssphäre, für welche die Vornahme des Rechtsgeschäfts von Bedeutung ist und der gegenüber das Rechtsgeschäft vorgenommen wird.

Aus den obigen Erwägungen ergibt sich auch, daß beim indirekten Stellvertreter von einem Selbstkontrahieren nicht die Rede sein kann[14]). Wie wir gezeigt haben, handelt der indirekte

[11]) So auch Römer S. 67 und Lepa S. 226.
[12]) L 1 § 2 Dig de pact. 2, 14.
[13]) Vgl. Muskat S. 511.
[14]) Ebenso Römer S. 69, Schmidt S. 13, Siebert S. 9, R. G. VI S. 13.

Stellvertreter im eigenen Namen für fremde Rechnung; er hat den Willen, daß ihn zuerst die Wirkungen des Rechtsgeschäfts treffen; er nimmt das Rechtsgeschäft dem Dritten gegenüber gerade so vor, wie jemand, der als Eigenperson auftritt. Wenn, wie wir oben klar gestellt haben, niemand mit sich als Eigenperson einen Vertrag schließen kann, so ist dies mit Notwendigkeit auch bei der äußerlich gleichgearteten, indirekten Stellvertretung nicht möglich. In diesem Punkte vertritt fast als einziger Rümelin [15]) eine andere Ansicht. Er hält es für „recht wohl verträglich, daß der Vertreter durch einen besonderen, einseitigen Akt unmittelbare Wirkungen für sich und den Vertretenen oder für zwei Vertretene herbeiführt." Dieser Ansicht widerspricht aber gerade der von uns aufgestellte Unterschied zwischen der direkten und indirekten Stellvertretung, daß bei dieser die Wirkungen des Rechtsgeschäftes den Vertreter treffen und erst durch einen zweiten Akt auf den Vertretenen übertragen werden, während bei jener die Wirkungen unmittelbar in der Person des Vertretenen entstehen.

Anders verhält es sich mit dem Selbstkontrahieren des direkten Stellvertreters. Ueber diesen Punkt ist in der gemeinrechtlichen Literatur ein lebhafter Streit entbrannt. In der Hauptsache dreht sich nun dieser Streit nur darum, ob der direkte Stellvertreter mit sich einen Vertrag abschließen kann, da dieses wohl der in der Praxis häufigere Fall des Selbstkontrahierens sein wird. Wir wollen daher auch von diesem Fall ausgehen und im Anschluß daran dann den zweiten Fall des Selbstkontrahierens, nämlich die Vornahme einseitiger, empfangsbedürftiger Rechtsgeschäfte, nur kurz berühren.

Während die ältere Doktrin sich prinzipiell für die rechtliche Unmöglichkeit und für die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens des direkten Stellvertreters erklärte und nur für einige in den Quellen hervorgehobene Fälle eine Ausnahme zuließ, stellte zuerst Römer [16]) eine neue, abweichende Ansicht auf. Nach seiner Lehre ist es zwar juristisch undenkbar, daß jemand gegen sich selbst Rechte erwirbt, aber gerade bei der direkten Stellvertretung ist

[15]) Rümelin S. 24, und auch Boehm S. 28 ff.
[16]) Römer im 19. Bd. von Goldschmidts Zeitschrift S. 67 ff.

dieses prinzipielle Hindernis nicht vorhanden. Der direkte Stellvertreter hat die Verfügungsmacht über zwei getrennte Vermögenskomplexe. Wenn er nun ein Rechtsgeschäft vornimmt, so begründet er dadurch Rechte und Verbindlichkeiten für diese beiden Vermögenskomplexe; diese Wirkung wird nun zwar nur durch eine Willenserklärung hervorgebracht, aber dieser erklärte Wille ist der für zwei gesonderte Vermögenskomplexe maßgebende. Es wird dabei „nicht etwas innerlich Widersprechendes und objektiv Unmögliches, sondern etwas innerlich Vereinbares und objektiv Mögliches gewollt, und eine andere als diese psychologische Schranke ist dem Willen nicht gesetzt." Jedes Recht, welches die direkte Stellvertretung zuläßt, muß nach Römers Ansicht auch das Selbstkontrahieren des direkten Stellvertreters zulassen. Denn wenn der Wille des Vertreters als Wille des Vertretenen gilt, so muß man eben beim Selbstkontrahieren zwei Willen als vorliegend ansehen. Diese Ansicht Römers war maßgebend für eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. November 1881[17]). In den Entscheidungsgründen führt das Reichsgericht aus, daß der Abschluß eines Vertrages eines gemeinsamen Vertreters zweier Rechtssubjekte sehr wohl möglich sei; denn wenn der Vertreter für zwei verschiedene Rechtssubjekte einen Vertrag abschließe, so würden die Wirkungen ja für diese beiden Subjekte begründet; es sei also nicht dieselbe Person Gläubiger und Schuldner. Auch aus dem Wesen des Vertrages lasse sich die Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens des direkten Stellvertreters nicht folgern; denn es sei wohl möglich, daß jemand als Vertreter zweier Rechtssubjekte dasselbe wolle. Die zum Wesen des Vertrages gehörige Einigung sei hier zustandegekommen, sobald einmal anerkannt sei, daß der Wille des Vertreters den des Vertretenen zu ersetzen vermöge. Nach der Ansicht des Reichsgerichts soll das Selbstkontrahieren des direkten Stellvertreters nur ausgeschlossen sein

1. wenn ein positives gesetzliches Verbot vorliege;
2. wenn die Vollmacht sich nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Anordnung des Vollmachtgebers nicht auf das Selbstkontrahieren beziehen soll;

---

[17]) R. G. VI. S. 11.

3. wenn die Erklärung des Willens von seiten des Vertreters derartig ist, daß sie die einseitige Zurücknahme nicht ausschließe;
4. im Falle der Arglist des Selbstkontrahenten.

Dieselbe Ansicht vertritt das Reichsgericht noch in einer zweiten Entscheidung[18]). Hier hatte der Kläger als Liquidator der beklagten Aktiengesellschaft einen von ihm selbst auf die Beklagte gezogenen Wechsel mit einem anderen Liquidator namens der Aktiengellschaft akzeptiert. Das Reichsgericht erklärt das Akzept für gültig, und führt aus, daß die vorhandene Interessenkollision die Gültigkeit nicht hindere; sie sei nur geeignet gewesen, dem Kläger der Aktiengesellschaft gegenüber die Verpflichtung aufzuerlegen, den Wechsel nicht zu akzeptieren. Diese Ansicht Römers und des Reichsgerichts teilt völlig Windscheid[19]); und auch Dernburg, Mitteis und Behrend[20]) haben sich mit geringen Abweichungen im wesentlichen derselben angeschlossen. Sie alle stimmen darin überein, daß beim Selbstkontrahieren des direkten Stellvertreters die begrifflichen Voraussetzungen des Vertrages erfüllt sind, da der direkte Stellvertreter die beiden Parteiwillen in sich vereinigt und zum Ausdruck bringt.

Diese Ansicht wird nun von Lepa, Bechmann und Muskat lebhaft angegriffen. Lepa[21]) hält das Selbstkontrahieren des direkten Stellvertreters für unmöglich. Niemand könne ein Recht von sich, niemand ein Recht gegen sich erwerben; eine Obligation bedeute ein Verhältnis zwischen zwei Personen, vermöge dessen die eine über den Willen der anderen eine Herrschaft ausübe; Herrschendes und Beherrschtes könne nun nicht eins sein. Bechmann[22]) meint, die Willenseinigung beim Vertragschlusse sei nicht eine innere Abwägung widerstreitender Interessen, sondern sei vielmehr eine rein äußerliche. Diese Einigung könne sich nun bei einer einzigen Person garnicht vollziehen; denn niemand

[18]) R. G. VII. S. 119.

[19]) Windscheid II. S. 606 Anm. 4.

[20]) Dernburg, Vormundschaftsrecht § 9 Nr. 5, Mitteis S. 197 ff. Behrend S. 345 Anm. 3.

[21]) Lepa S. 226 ff.

[22]) Bechmann II. S. 286 ff.

könne seine Seele in zwei Hälften teilen und diese miteinander kontrahieren lassen. Aehnlich spricht sich auch Muskat[23]) aus gegen die Möglichkeit des Selbstkontrahierens des direkten Stellvertreters. Er legt besonderen Wert nicht so sehr auf die beiden Willen, sondern auf die beiden handelnden Personen, die zum Vertragsschluß unbedingt notwendig seien.

Erheblich abweichend von den bisher erörterten Lösungen des Selbstkontrahierens suchte Rümelin[24]) die Möglichkeit des Vertragsschlusses mit sich selbst zu erklären. Beim Selbstkontrahieren fehle es an der erforderlichen Willenseinigung zweier Personen, und ebensowenig könne von einer wechselseitigen Willenserklärung die Rede sein; es sei eben nur ein Willensentschluß vorhanden, der aber für einen Vertragsschluß nicht genügt. Während Lepa nun hieraus die rechtliche Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens des direkten Stellvertreters folgert, verlangt Rümelin nur, daß ein Recht, welches prinzipiell nur den Vertrag sanktioniere, das Selbstkontrahieren für den direkten Stellvertreter durch eine positive Vorschrift anerkennen müsse, damit sich daran als an einen einseitigen Rechtsakt Vertragswirkungen knüpfen könnten. Dies sei aber sehr wohl möglich, und es handele sich daher nicht um die Möglichkeit, sondern um die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens, eine Frage, auf welche wir unten noch eingehen werden. Im übrigen unterscheidet nun Rümelin[25]) zwischen gesetzlicher Vertretung und Generalvollmacht einerseits und der Spezialvollmacht andererseits. Das Selbstkontrahieren des Spezialbevollmächtigten erklärt er als Annahme einer bei der Vollmachtserteilung ausdrücklich oder stillschweigend ereilten Offerte, das Rechtsgeschäft mit sich selbst vorzunehmen. In dieser Scheidung liegt wohl eine Schwäche der Rümelin'schen Lehre, und dies ist wohl auch der Grund dafür, daß ihr doch von mancher Seite widersprochen wurde, obwohl sie die Ansicht von der Möglichkeit des Selbstkontrahierens beim direkten Stellvertreter zur herrschenden machte.

[23]) Muskat im 33. Bd. von Goldschmidts Zeitschrift S. 507 ff.

[24]) Rümelin S. 16 ff.

[25]) Rümelin § 19 S. 249 ff.

Vor allem ist hier auf Meißels'[26]) Besprechung des Rümelin'schen Werkes einzugehen. Treffend zerlegt Meißels den gegen die Möglichkeit des Selbstkontrahierens beim direkten Stellvertreter erhobenen Einwand, daß es an dem duorum pluriumve consensus fehle, in die beiden Fälle, daß beim Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst nur eine Person handelnd und wollend auftrete, während zum Vertrag zwei Personen nötig seien, und zweitens, daß zum Vertrage zwei Willensentschlüsse erforderlich seien, während beim Vertrage mit sich selbst nur ein Willensentschluß erklärt werde. Im ersten Falle wird also besonderer Wert auf duorum pluriumve gelegt, im zweiten kommt es hauptsächlich auf den consensus an. Hinsichtlich des ersten Einwandes werde nun die Folgerung, daß zwei Personen auch da handeln und wollen müssen, wo ausnahmsweise der für die zueinander in Beziehung tretenden Rechtssphären maßgebende Wille in einer Person vereinigt ist, daraus gezogen, daß im Regelfalle diese beiden Willen nicht in einer Person vereinigt seien und daher auch beim Vertragsschluß zwei Personen handelten und wollten. Die hierfür angeführte Quellenstelle l 1 § 2 Dig de pact. 2,14 gehe nun auch von dem heute noch häufigeren Regelfalle aus und könne für den Ausnahmefall keinen Beweis erbringen. Dagegen seien in den Quellen wohl analoge Fälle für die Kumulierung mehrerer Rollen in einer Person vorhanden. So seien zur in iure cessio regelmäßig drei Personen erforderlich; die l 2 Dig de off. praes. 1,18 lasse jedoch ausdrücklich zu, daß eine und dieselbe Person gleichzeitig als praeses und emancipans oder adoptans oder manumittens auftrete. Ebenso hätten die Römer zugelassen, daß ein Vormund für seine zwei Mündel oder für sich und sein Mündel handele, sofern dadurch keine Uebervorteilung des Vertretenen zu befürchten gewesen sei.

Hinsichtlich des zweiten Einwandes, daß zum Vertrage zwei Willensentschlüsse erforderlich seien, beim Vertrage des Stellvertreters mit sich selbst aber nur einer vorliege, ist Meißels der Ansicht, daß man dort nicht zwei gesonderte Willensentschlüsse fordern dürfe, wo, wie hier, der eine Wille die zwei zueinander

[26]) Meißels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 527 ff.

in Beziehung tretenden Rechtssphären betreffe und denselben Inhalt habe, den sonst die zwei Willen hätten. Beim Vertrage enthielten die zwei Willen auch nicht etwas Entgegengesetztes, denn dann könne es ja nicht zu der Einigung kommen; vielmehr gingen beide Willen dahin, daß die vom Gesetz an den Vertrag geknüpften Rechtswirkungen einträten; jeder wolle, daß in seiner Rechtssphäre die vom Gesetz bestimmte Veränderung vor sich gehe. Vom rein psychologischen Standpunkte aus sei daher nicht zu bezweifeln, daß der gesamte Willensinhalt durch einen einzigen Willen hervorgebracht werden könnte, da man ja mehreres gleichzeitig wollen könne. Dem Gesetz komme es wohl nur darauf an, was und von wem gewollt werde, nicht aber wie der Wille psychologisch zustande komme.

Diesen Ausführungen können wir uns nur anschließen; es kommt bei einem Vertragsschluß des Stellvertreters mit sich selbst eben darauf an, daß wir zwei Rechtssphären haben, die miteinander in Beziehung treten, und daß der für diese beiden Rechtssphären maßgebende Wille erklärt wird. Daß wir rein äußerlich nicht zwei handelnde Personen haben, hindert den Vertragsschluß nicht; denn es tritt ja die für beide Rechtssphären bestimmende Person handelnd auf. Ebenso ist der Stellvertreter sehr wohl imstande, ein empfangsbedürftiges, einseitiges Rechtsgeschäft mit sich vorzunehmen. Wie wir gesehen haben, ist bei der direkten Stellvertretung der Vertreter der maßgebende; wenn er nun als Vertreter der einen Rechtssphäre sich als dem für seine eigene Rechtssphäre maßgebenden gegenüber ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft vornimmt, so ist auf beiden Seiten die maßgebende Person aufgetreten, und es hindert uns nichts, die Gültigkeit dieses Rechtsgeschäftes anzuerkennen, wenn auch rein äußerlich nur eine Person in die Erscheinung tritt. Wir halten also das Selbstkontrahieren des direkten Stellvertreters für möglich und stehen damit auf dem Standpunkte, der seit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches der herrschende geworden ist[27]).

---

[27]) Für das gemeine Recht sind nur noch Förster-Eccius I. S. 426 und Ruhstrat S. 147 anderer Ansicht.

In der Erklärung des Vorganges beim Selbstkontrahieren ist auch jetzt noch keine Einignng erzielt; wir werden unten auf die Frage noch zurückkommen.

Mag man nun einerseits die juristische Möglichkeit des Selbstkontrahierens für die direkte Stellvertretung anerkennen, so sprechen doch andrerseits rechtspolitische Gründe gegen die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens. Was diesen Punkt betrifft, so herrscht nur eine Ansicht darüber, daß die Zulassung des Selbstkontrahierens zu erheblichen Interessenkollisionen führen kann. Man wird aber nicht sagen können, daß beim Selbstkontrahieren zwei Interessen kollidieren müssen, daß für den Vertretenen stets die Gefahr einer Uebervorteilung gegeben ist, und daher das Selbstkontrahieren nicht zulässig ist[28]). Es sind sehr wohl Fälle denkbar, daß dem Vertreter durch seine Vollmacht ganz enge Grenzen gezogen sind und daher ein Widerstreiten von Interessen ausgeschlossen erscheint. Worin will man z. B. eine drohende Gefahr der Uebervorteilung sehen, wenn der Vertreter Waren aus seinem eigenen Bestande zu dem feststehenden Marktpreis an sich für den Vertretenen verkauft, oder wenn ich meinen Bankier beauftrage, meine bei ihm deponierten Wertpapiere zum Tageskurs zu verkaufen, und er sie nun für sich selbst kauft! Wollte man wegen der möglichen Gefahr von Interessenkollisionen das Selbstkontrahieren völlig verbieten, so würde dadurch oft eine Hinderung des Verkehrs herbeigeführt werden. Welche Schwierigkeiten würden sich dadurch oft ergeben in Fällen, in denen aus den obigen Gründen eine Interessenkollision garnicht zu befürchten ist! Aber auch dann, wenn die Vollmacht des Vertreters nicht so eng begrenzt ist, wie in den beiden obigen Beispielen, wird doch ein Punkt sich finden, in dem die beiden Interessen zusammen treffen; „dies wird dann der Fall sein, wenn die Vertragsbedingungen als die unter den obwaltenden Umständen für jeden der beiden Teile erreichbar günstigsten erscheinen[29])". Immerhin werden diese Erwägungen einerseits den Vollmachtgeber veranlassen, die Grenzen der Vollmacht enger zu ziehen; andrer-

[28]) Unserer Ansicht sind Rümelin S. 27, Muskat S. 518, Boehm S. 51, Siebert S. 20, a. A. Lepa S. 234.

[29]) R. G. VI. S. 14 f.

seits wird sich auch der Gesetzgeber gezwungen sehen, die Zulassung des Selbstkontrahierens des Stellvertreters durch Verbote einzuschränken. Der von Rümelin[30]) vorgeschlagene Ausweg, das Selbskontrahieren dem Stellvertreter da zu gestatten, wo die Vornahme des Rechtsgeschäfts dem Interesse des Vertretenen entspricht, würde zwar die Interessenkollision vermeiden können, aber doch wohl eine große Unsicherheit des Verkehrs mit sich bringen; ebensowenig würde die nachträgliche Anfechtung wegen Arglist dem Vertretenen genügend Schutz gewähren, so daß die von uns vorgeschlagene Einschränkung durch den Vollmachtgeber bezw. durch eine positive Gesetzesnorm als bessere Abwehr gegen eine Uebervorteilung des Vertretenen erscheint.

§ 3.

Die Stellungnahme des positiven Rechts.

a) Des römischen Rechts.

Wie sich das positive Recht zur Frage des Selbstkontrahierens gestellt hat, wollen wir nun untersuchen, und zwar wird zunächst kurz das römische und gemeine Recht und darauf ausführlich das bürgerliche Recht zu behandeln sein. Wie fest steht, hat das römische Recht die direkte Stellvertretung nicht allgemein zugelassen[31]); es dürfte daher wohl selbstverständlich sein, daß es noch viel weniger das Selbstkontrahieren des direkten Stellvertreters allgemein gestattete. Es lassen sich aber doch in den Quellen einige Stellen finden, in denen dem direkten Stellvertreter ein Selbstkontrahieren erlaubt ist. Der für den Verkehr wichtigste Fall ist der des „sibi solvere", d. h. das Erfüllen einer Verbindlichkeit durch den Vertreter, und zwar ist es gleichgültig, ob der Vertreter Gläubiger oder Schuldner der zu zahlenden Forderung ist. Der erste Fall[32]), daß der Vertreter die dem Vertretenen gegen ihn zustehende Verbindlichkeit erfüllt, ist in den Quellen das „a se exigere", der zweite Fall, daß der Vertreter etwas

[30]) Rümelin S. 28.
[31]) Vgl. Mitteis S. 9 ff, Schloßmann II. S. 153 ff, Sohm S. 219.
[32]) Nur diesen Fall erkennt Eck S. 269 an.

aus dem Vermögen des Vertretenen in das seine bringt, um dadurch eine Schuld des Vertretenen zu zahlen, ist das „sibi solvere" im engeren Sinne. Die Hauptstelle, welche hier in Betracht kommt, ist die l 9 § 3—5 Dig de adm et peric. tut. 26,7. Et generaliter quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet, fortassis et plus. adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus se potuit. sed si sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit quam sint pupillares, videndum est, an ei aliquid imputetur. et si quidem solvit, nihil est, quod ei imputetur: potuit enim solvere nec onerare se usuris. si vero non solvit, usuras cogendus est, agnoscere, quas a se exigere debuit. Sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli: nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat, et si usurae fuerunt graviores quae ei debebantur, relevabitur eis pupillus, quia tutor se potuit liberare, sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit. In dieser Stelle wird dem Tutor nicht nur die Befugnis, sondern auch die Pflicht zugesprochen, die zwischen ihm und dem Mündel bestehenden Verbindlichkeiten durch Zahlung an sich selbst zu tilgen. Auf die Streitfrage, ob die solutio ein Vertrag ist, brauchen wir hier nicht einzugehen; denn jedenfalls ist sie ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, und nach der von uns gegebenen Definition fällt auch dieses unter den Begriff „Selbstkontrahieren". Ebensowenig bedarf der Einwand, daß es sich nicht um wirkliche, durch Selbsttradition vollzogene Zahlung, sondern nur um rechnerische Auseinandersetzung oder um eine durch Kommixtion hervorgerufene Rechtswirkung handele, nach den eingehenden Ausführungen Rümelins[33]) noch einer weiteren Widerlegung. Endlich hat man nun sagen wollen[34]), die Zahlung des Vertreters habe in diesen Fällen keine befreiende Wirkung gehabt, solange nicht der Mündel die Zahlung selbständig genehmigt habe, vielmehr habe der Vertreter nur eine exceptio doli gegen eine eventuelle Klage gehabt. Man führte als Beleg hierfür die Worte „tutor in rem suam auctor fieri non posse"[35])

[33]) Rümelin S. 107 und S. 125 ff.
[34]) So Bechmann S. 289, Rümelin S. 113, Muskat S. 527.
[35]) l 1 Dig de auct. tut. 26, 8.

an; aber diese Stelle trifft auf den selbstkontrahierenden Vertreter nicht zu. Wenn der Tutor mit sich selbst kontrahiert, so tritt er ja als Vertreter des Mündels auf und zwar in der Art, daß der Mündel garnicht selbst handelt, es also auch einer auctoritatis interpositio des Tutors garnicht bedarf. Das Selbstkontrahieren und die Autoritätserteilung schließen sich logisch völlig aus; wenn der Mündel selbst handelt, kann der Tutor nicht beide Parteien in sich vereinigen. Es liegt also auch kein Grund vor zu der Ansicht, daß die Zahlung des Vertreters an sich nicht volle befreiende Wirkung haben soll[36]). Es erschiene doch auch ungeheuerlich, auf der einen Seite dem Vormund die Erfüllung an sich selbst zur Pflicht zu machen, und auf der anderen Seite diesem Zahlungsakt die befreiende Wirkung zu versagen.

Ein zweiter Fall des erlaubten Selbstkontrahierens ist die dem Vormunde gestattete Darlehnsentnahme aus dem Mündelvermögen. Als Beleg hierfür dient die l 9 § 7 Dig de adm. et per. tut. 26,7. „Non tantum autem sibi solvere tutor, sed etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo digestorum scripsit, seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo." Mit der herrschenden[37]) Meinung sehen wir hierin nur den einen Fall, daß sich der Tutor zum Darlehnsschuldner des Mündels macht. Hierfür spricht, daß das römische Recht nur eine Vertretung des Darlehnsgebers, nicht aber auch des Darlehnsempfängers zuließ[38]), der Tutor kann also nur als Vertreter des das Darlehn gewährenden Mündels auftreten. Ferner stehen wir mit Hupka[39]) auf dem Standpunkt, daß der Ausdruck „mutuam proscribere" dasselbe sagt, wie das „sibi creditam pecuniam scribere." Die von Eck[40]) vorgeschlagene Uebersetzung des scribere mit „Quittieren" erscheint erstens willkürlich aus

[36]) So auch Hupka S. 301 ff, Boehm S. 39, Siebert S. 37.

[37]) Wie Hupka S. 309, Lepa S. 304, Muskat S. 529, Rümelin S. 170, a. A. Römer S. 73; v. Keller S. 819, Bechmann S. 289 wollen auch hier wieder lediglich eine Verwaltungshandlung des Tutors anerkennen: dem widerspricht aber der deutliche Wortlaut.

[38]) Hupka S. 310 vgl. l 2 § 4 Dig de rebus cred. 12, 1.

[39]) Hupka S. 311.

[40]) Eck S. 269.

dem Grunde, weil diese Uebersetzung in keiner anderen Quellenstelle wiederkehrt, und zweitens spricht die Gegenüberstellung des solvere und scribere durch non tantum, sed etiam dagegen. Man kann dem Ulpian nicht zutrauen, daß er das bereits im vorhergehenden erörterte. „Zahlen" und das „Quittieren" so scharf gegenüberstellen und dann das völlig neue „mutua pecunia se obligare" durch das tonlose que anfügen würde. Die sonst wiederkehrende Bedeutung von scribere als „Zahlen" würde eine noch schlimmere Tautologie ergeben als die von uns vorgeschlagene Erklärung. Wir fassen die Stelle so auf, daß es dem Tutor gestattet ist, aus dem Mündelvermögen sich ein Darlehn zu gewähren, sich zum Darlehnsschuldner des Mündels zu machen. Obwohl ja die besprochene Stelle nur vom Vormunde spricht, kann man aber doch wohl annehmen[41]), daß es auch anderen Vertretern gestattet war, sich aus den von ihnen verwalteten Vermögen Darlehn zu gewähren. Dieser Schluß rechtfertigt sich auch darum weil es nach den l l 1 und 2 C de his qu. expubl. coll. 10,75 ausdrücklich für Staatsbeamte verboten wurde, aus den ihnen unterstellten Kassen Darlehen für sich zu entnehmen.

Den dritten Fall der Zulassung des Selbstkontrahierens finden wir beim Auktionskauf. Der gewöhnliche Kauf von Sachen des Vertretenen durch den Vertreter ohne Mitwirkung einer dritten Person war im römischen Recht zuerst nur dem Vormunde und später auch andern Vermögensverwaltern verboten[42]). Als Grund hierfür mag wohl der Mangel eines festen Marktpreises bei den Römern und die damit verbundene Gefahr einer Uebervorteilung des Vertretenen gelten. Wo es an dieser Gefahr fehlte, wie beim Auktionskauf, war das Selbstkontrahieren des Vertreters zugelassen. Dies ergibt sich aus der l 2 §§ 8—9 Dig de empt. 41,4; Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit. Servius ait posse eum usucapere: in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habet emptorem, et, si minoris emerit tutelae iudicio tenebitur ac si alii minoris addixisset: idque et a divo Traiano constitutum

[41]) So auch Hupka S. 319, Siebert S. 44, Schmidt S. 31.
[42]) Vgl. l 34 § 7 Dig de contr. empt. 18, 1.

dicitur. Procuratorem quoque, qui ex auctione quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant, utilitatis causa pro emptore usucapturum idem potest dici et si negotia domini gerens ignorantis emerit propter eandem utilitatem. Bei einer Auktion von Mündelsachen kaufte der Tutor eine Sache, welche er für das Eigentum des Mündels hielt, während sie einem andern gehörte. Servius meint, hier könne der Tutor die Sache ersitzen; er erblickt also in dem selbstkontrahierten Auktionskauf einen gültigen Ersitzungstitel, und diese Ansicht ist zunächst für den Tutor und dann für andere Vertreter rezipiert, da in diesem Falle die Gefahr einer Uebervorteilung des Vertretenen infolge der Art des Kaufes gering war und zudem noch die Haftung aus der tutela resp. negotiorum gestio als Hilfsmittel gegeben war. Aus den Worten „ac si alii addixisset" muß man wohl mit Recht folgern[43]), daß der Tutor selbst die Versteigerung vorgenommen hat, zumal dieses im nächsten Paragraphen dem Prokurator gestattet ist. Die gegenteilige Ansicht widerspricht dem klaren Wortlaute der Stellen.

Wir kommen also für das römische Recht zu dem Resultat, daß es nur bei der Zahlung, der Darlehnsentnahme, und dem Auktionskaufe das Selbstkontrahieren des Vertreters zuließ, im übrigen es aber verbot. Eine weitere Einschränkung brachte die Novelle 72. Sie bestimmt, daß Personen, die in irgend einem Schuldverhältnis zu ihren künftigen Schutzbefohlenen stehen, das Amt der tutela oder cura überhaupt nicht annehmen dürfen, widrigenfalls sie ihre Forderung verlieren, bezw. sich während der cura oder tutela nicht durch Zahlung befreien können. Dies gilt jedoch nur für die Vormundschaft und darf mangels einer positiven gesetzlichen Bestimmung nicht auf andere Stellvertreter ausgedehnt werden. Ueberhaupt scheint die Novelle wenig praktische Bedeutung gehabt zu haben; sie scheint durch Gewohnheitsrecht außer Anwendung gekommen zu sein[44]); denn weder die Doktrin noch die Praxis des gemeinen Rechts nimmt auf sie Bezug.

[43]) So Hupka S. 324, Rümelin S. 185 f, Römer S. 85, a. A. Bechmann II. S. 292, Lepa S. 245.

[44]) So auch Rümlin S. 216.

b) Das gemeine Recht.

Für das gemeine Recht sind in erster Linie die Quellen des römischen Rechts maßgebend gewesen; man kann daher wohl annehmen, daß auch im gemeinen Recht die römischen Selbstkontrahierungsfälle zugelassen waren. Auch das kanonische Recht, das sich in c 7 X de instit. 3,7 gegen das Selbstkontrahieren ausspricht, scheint daran nichts geändert zu haben; denn schon Bartolus suchte die zitierte Stelle mit den widersprechenden des römischen Rechts in Einklang zu bringen[45]). Positive Normen lassen sich jedenfalls für das gemeine Recht nicht aufstellen und die aus den römischen Quellen gezogenen Schlüsse sind nur Vermutungen; wie wir schon unten gesehen haben, hat sich auch in der Doktrin eine einheitliche Meinung nicht herausgebildet. Noch immer sprechen sich gegen das Selbstkontrahieren des Stellvertreters im gemeinen Recht vor allem Förster-Eccius und ebenso das Reichsoberhandelsgericht[46]) aus.

[45]) Rümelin S. 217.
[46]) Förster-Eccius S. 426, R. O. H. G. VIII. Nr. 95.

II. Teil.

§ 4.

Das Bürgerliche Gesetzbuch erklärt im § 181 das Selbstkontrahieren des Stellvertreters prinzipiell für unzulässig.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in seinen einzelnen Entwürfen einen verschiedenen Standpunkt hinsichtlich der Frage des Selbstkontrahierens des direkten Stellvertreters eingenommen. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch[47]) entscheiden nicht die Frage nach der juristischen Möglichkeit des Selbstkontrahierens, sondern gehen lediglich von Zweckmäßigkeitserwägungen aus. Sie halten es im Interesse des Verkehrs überall da für zulässig, wo „es nicht gegen allgemeine Rechtsnormen verstößt“; wenn besondere Umstände gegeben seien, könne das Prinzip der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens durch Ausnahmevorschriften durchbrochen werden. Im Anschluß daran stellte sich auch der erste Entwurf auf einen bejahenden Standpunkt und gab nur Ausnahmebestimmungen für die gesetzliche Vertretung der Eltern, Pfleger und Vormünder und für die Organe der juristischen Personen. Der zweite Entwurf[48]) legt wohl mit Recht auf die rechtspolitischen Bedenken mehr Gewicht und stellt die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens des Vertreters als Prinzip auf[49]) und läßt nur zwei Ausnahmefälle zu. Auf diesem Standpunkt steht auch das Bürgerliche Gesetzbuch, und so lautet denn der § 181: „Ein Vertreter

---

[47]) Motive I. S. 224/5.
[48]) E II b § 177.
[49]) Vgl. auch die Denkschrift S. 49.

kann, soweit ihm nicht ein anderes gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht." Mag nun die Frage nach der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des Vertreters durch diese Norm entschieden sein, so haben sich doch andrerseits wieder Meinungsverschiedenheiten über die einzelnen Punkte des Paragraphen ergeben, die wir im folgenden untersuchen wollen.

§ 5.

Anwendungsgebiet des § 181.

Zunächst handelt es sich um das Anwendungsgebiet des § 181. Unter Vertreter versteht das Bürgerliche Gesetzbuch nur noch den direkten Stellvertreter, der im fremden Namen und für fremde Rechnung in der Art handelt, daß die Wirkungen des von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäftes unmittelbar den Vertretenen treffen. Wie nun aus dem Wortlaute des § 181 hervorgeht, umfaßt dieser sowohl Rechtsgeschäfte, die der Vertreter mit sich im eigenen Namen vornimmt, als auch solche, bei denen er auf beiden Seiten als Vertreter auftritt, also Vertreter der beiden zu einander in Beziehung tretenden Parteien ist. Sodann bezieht sich das Verbot des § 181 sowohl auf den rechtsgeschäftlichen, wie auf den gesetzlichen Vertreter, so namentlich auf den Vormund und Pfleger; denn sie haben kraft Gesetzes Vertretungsmacht von dem Mündel[50]). Andrerseits scheidet aus dem Kreise der Betrachtung der Testamentsvollstrecker aus[51]); denn er ist weder Vertreter des Nachlasses, noch des Erben, noch auch des Erblassers; er führt vielmehr nur den Willen des letzteren aus, ist also höchstens Willensorgan desselben. Auch der Konkursverwalter gehört nicht hierher[52]); da er nicht als Vertreter anzusehen ist. Er vertritt

[50]) Vgl. R. G. in Seufferts Archiv Bd. 63 S. 177.

[51]) So auch Cohen S. 24, Planck I. S. 316, Boehm S. 54 und R. G. 56 S. 330, 61 S. 144/5 und O. L. G. Colmar in Rspr. 4 S. 437.

[52]) Ebenso Cohen S. 24.

weder die Gesamtheit der Konkursgläubiger, da diese nicht zu einer juristischen Person vereinigt ist, noch auch ist er Vertreter der Konkursmasse, da diese ja Objekt des Konkurses und nicht Subjekt ist. Falsch ist es auch, den Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners zu bezeichnen; denn er handelt kraft eigner Macht in Erfüllung der ihm vom Gesetz auferlegten Pflichten, um die Zwecke des Konkurses durchzuführen[53]).

Erwähnt werden soll hier auch der Fall, daß der Bevollmächtigte Substitutionsbefugnis hat und sich einen Substituten bestellt. Kraft der Substitution wird dieser Vertreter des Bevollmächtigenden und nicht des Bevollmächtigten[54]); wenn nun der Bevollmächtigte im eigenen Namen mit dem Substituten ein Rechtsgeschäft vornimmt, so kontrahiert er gar nicht mit sich selbst, und das vorgenommene Rechtsgeschäft fällt nicht unter das Verbot des § 181[55]). Auch der Umstand, daß der Substitut in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Bevollmächtigten stehen kann, hindert daran nichts, und es ist auf jeden Fall zu weitgehend[56]), wenn man hierin stets ein „agere in fraudem legis" sehen will. Das Verbot des § 181 ist erlassen für den Fall, daß zwei widerstreitende Interessen denselben Vertreter haben[57]); hier handeln jedoch zwei verschiedene Personen.

Zum Schluß dieses Paragraphen soll noch darauf hingewiesen werden, daß der § 181 allgemein von der Vornahme von Rechtsgeschäften spricht; er handelt also nicht nur von Verträgen, sondern auch von einseitigen, empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften[58]), so daß sich auch aus diesem Grunde die unten von uns gegebene, umfassendere Definition des Selbstkontrahierens empfiehlt. Es ist jedoch erforderlich, daß die Rechtsgeschäfte „mit" dem Vertreter vorgenommen werden, so gehört hierher z. B. eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Vertreter an sich als Eigenperson

---

[53]) So auch Harburger S. 31 Anm. 3 u. R. G. 29 S. 30 u. 35 S. 31.
[54]) Ebenso Biermann S. 267.
[55]) Unsere Ansicht teilen auch Biermann S. 286, Planck I S. 315, Oertmann S. 555 u. K. G. in Rspr. 11 S. 395, 12 S. 23.
[56]) So Endemann I. S. 400 Anm. 31, Staub S. 255 Anm. 12.
[57]) Vgl. K. G. in Rspr. 7 S. 6.
[58]) So auch Oertmann S. 554 Anm 2.

richtet, nicht aber der umgekehrte Fall; denn der Empfang einer Willenserklärung ist kein Rechtsgeschäft[59]); es würde also in diesem Falle kein Rechtsgeschäft vorliegen, welches der Vertreter im Namen des Vertretenen vornimmt. Die Ansicht, daß nur die „mit" dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte unter § 181 fallen, wird noch bekräftigt dadurch, daß im § 181 nur von den Rechtsgeschäften gesprochen wird, die der Vertreter im fremden Namen mit sich vornimmt, nicht aber von solchen, die er im eignen Namen mit sich im fremden Namen vornimmt, während im § 180 und auch im § 160 Abs. II beide Fälle einander gegenüber gestellt werden. Endlich spricht für unsere Auffassung noch der Umstand, daß es dem Vertreter ja jederzeit möglich ist, die Willenserklärung dem Vertretenen selbst gegenüber durch schriftliche Mitteilung abzugeben; denn zur Wirksamkeit einer solchen Willenserklärung genügt ja, daß sie dem anderen zugeht, d. h. daß dem anderen unter normalen Verhältnissen die Kenntnisnahme der Willenserklärung möglich ist.

§ 6.

Die beiden Ausnahmefälle.

a) „Soweit ihm nicht ein anderes gestattet ist".

Innerhalb dieses von uns begrenzten Anwendungsgebietes erklärt nun das Gesetz das Selbstkontrahieren des Vertreters prinzipiell für unzulässig und läßt nur zwei Ausnahmen zu, die wir nun näher untersuchen wollen. Der erste Fall des erlaubten Selbstkontrahierens ist der, daß es dem Vertreter gestattet ist, mit sich ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. Was nun diese Gestattung anlangt, so ist selbstverständlich, daß das Gesetz jederzeit Ausnahmebestimmungen geben kann, grundsätzlich muß die Gestattung aber von dort ausgehen, von wo der Vertreter seine Vertretungsmacht herleitet. Dem rechtsgeschäftlichen Vertreter muß daher der Regel nach von seinem Vollmachtgeber, dem gesetzlichen Vertreter

[59]) Fischer-Henle Anm. 6 zu 181.

vom Gesetz das Selbstkontrahieren gestattet sein[60]). Wenn der Vollmachtgeber diese Gestattung ausdrücklich erklärt, so dürfte ja kein Zweifel vorliegen, aber es geht doch wohl zu weit, wenn man nur diese ausdrückliche Gestattung gelten lassen wollte[61]). Das Gesetz nötigt nicht zu dieser engen Auffassung; man wird vielmehr auch eine stillschweigende Gestattung annehmen können, wo die Verkehrsüblichkeit eine solche mit sich bringt; der Zweck und der Umfang der Vollmacht in Verbindung mit der Verkehrssitte werden bei der Entscheidung dieser Frage besonders zu berücksichtigen sein. So wird man wohl unbedenklich auch ohne ausdrückliche Erklärung gestatten können, daß der Bevollmächtigte das für den Vollmachtgeber zu verwaltende Geld mit seinem eignen Gelde wechselt, ferner, daß die Handlungsgehilfen die Waren des Prinzipals zum gewöhnlichen Preise an sich verkaufen[62]). Dagegen rechtfertigt die Erteilung einer Generalvollmacht noch nicht die Annahme, daß damit auch schon das Selbstkontrahieren gestattet sei[63]); ebensowenig kann man eine stillschweigende Gestattung schon überall dort annehmen, wo das Selbstkontrahieren dem Vertretenen offensichtlich zum Vorteil gereicht und aus diesem Grunde vorgenommen wird[64]). Es ist doch immerhin als Voraussetzung des Selbstkontrahierens eine „ausdrücklich oder doch unzweifelhaft aus den Umständen sich ergebende Gestattung" zu fordern[65]). — Be iden juristischen Personen sind es Satzung oder Gesellschaftsvertrag, welche Bestimmungen darüber treffen werden, von wem dem Vertreter der juristischen Person das Selbstkontrahieren gestattet werden kann, sofern nicht das Gesetz selbst

---

[60]) So auch Planck I. S. 316 Anm. 2; Sprinz S. 22 ist dagegen der Ansicht, daß unter Gestatten nur die Ermächtigung durch Statut oder Vollmacht gemeint sein kann, nicht aber die gesetzliche; denn das Zulassen im Falle besonderer Ermächtigung sei bereits eine gesetzliche Gestattung; vgl. O. L. G. Köln in Rspr. V S. 50.

[61]) Planck I. S. 316 Anm. 2, Staudinger I. S. 561, Sprinz S. 22, Cohen S. 54 u. R. G. 68 S. 175/6.

[62]) Staub S. 255 Anm 11.

[63]) Dieser Ansicht sind auch Sprinz S. 27, K. G. in Rspr. 8 S. 30, O. L. G. Kiel in Rspr. 5 S. 47.

[64]) So will Oertmann S. 556.

[65]) R. G. 51 S. 427, vgl. auch O. L. G. Kiel in Rspr. 5 S. 46.

diese Frage entscheidet; doch wird man auch hier auf die Verkehrssitte Rücksicht nehmen und eine sich hieraus unzweifelhaft ergebende Gestattung gelten lassen können.

Wie wir bereits erwähnt haben, kann das Gesetz jederzeit das Prinzip des § 181 durch Ausnahmevorschriften durchbrechen und hinsichtlich des gesetzlichen Vertreters ist allein das Gesetz imstande, das Selbstkontrahieren zu gestatten. Nicht ist z. B. beim Vormund das Vormundschaftsgericht dazu in der Lage[66]); denn der Vormund leitet seine Vertretungsmacht vom Gesetz her und nicht von der Vormundschaftsbehörde. Eine Gestattung durch das Vormundschaftsgericht würde einer gesetzlichen Gestattung nicht gleichstehen. So kann das Vormundschaftsgericht trotz der ihm obliegenden Fürsorgepflicht einem gemeinsamen Vormunde mehrerer Geschwister nicht gestatten, als Doppelvertreter zwischen beiden Mündeln einen Vertrag abzuschließen: es bedarf hierzu ebenso wie bei Erbauseinandersetzungen der Bestellung eines besonderen Pflegers. Eine Erweiterung der Vertretungsmacht des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht könnte nur geschehen im Wege des Rechtsgeschäfts d. h. durch Vollmacht, und auch dies wäre nur möglich, soweit das Vormundschaftsgericht selbst zur Vertretung des Mündels befugt ist. Wie nun die §§ 1773 und 1793 ausdrücklich bestimmen, ist der Vormund der Vertreter des Mündels; nur der § 1844 Abs. II läßt die Vertretung des Mündels durch das Vormundschaftsgericht zu; dieser Paragraph gibt dem Vormundschaftsgericht die Befugnis von dem Vormunde für das Mündel Sicherheitsleistung zu verlangen, hat aber für die Möglichkeit einer dem Vormunde durch das Vormundschaftsgericht gestatteten Doppelvertretung keine praktische Bedeutung. Der § 1846 macht u. E. das Vormundschaftsgericht nicht zum Vertreter des Mündels; vielmehr soll das Vormundschaftsgericht nur mangels eines Vormundes oder im Falle der Behinderung desselben die erforderlichen Maßregeln treffen, und diese bestehen eben darin, daß nach § 1773 ein Vormund oder nach § 1909 ein Pfleger bestellt wird. Dem

---

[66]) So auch Oertmann S. 556 u. R. G. 67 S. 61 ff, 71 S. 163 ff, a. A. Cosack I S. 242.

Vormundschaftsgericht steht dann nicht etwa das Recht zu, die Angelegenheit selbst zu betreiben; also ist es auch nicht zu Gestattungen befugt. Wollte man einen anderen Standpunkt vertreten, so würde sich daraus eine offenbare Unstimmigkeit zwischen § 1795 und § 181 ergeben; es würde nämlich dann dem Vormundschaftsgericht möglich sein, dem Vormunde Verträge zwischen dem Mündel und sich selbst als Eigenperson zu gestatten, während es ihm zu einem weniger gefährlichen Vertrage zwischen dem Mündel und seiner — des Vormundes — Ehefrau nicht ermächtigen könnte.

Während also das Gesetz selbst für das Vormundschaftsrecht Ausnahmen von § 181 nicht statuiert hat, finden wir solche doch an anderen Stellen[67]). Ein ganz zweifelloser Fall ist folgender: Nach § 1400 B. G. B. bedarf die Frau zur Führung eines Rechtsstreites über ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht der Zustimmung ihres Mannes. Nach § 1900 B. G. B. kann nun die Frau zum Vormunde ihres Mannes bestellt werden und hat dann gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des § 1409 ihren Mann in den Rechten und Pflichten zu vertreten, die sich aus der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes ergeben; mithin kann sie sich auch die Einwilligung zur Führung eines Rechtsstreites geben. Da endlich die Einwilligungserteilung ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, das die Frau „mit“ sich im eignen Namen vornimmt, haben wir hier also einen Fall der gesetzlichen Gestattung des Selbstkontrahierens. Einen zweiten, wohl ebenso unbedenklichen Fall[68]) finden wir im § 125 H. G. B. Hiernach können die Gesamtvertreter einer offnen Handelsgesellschaft einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmer Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Die hierdurch zu Handlungsbevollmächtigten Bestellten treten bei der Vollmachtserteilung in zwei Parteirollen auf, einmal als Vertreter der offnen

[67]) Dies ist die herrschende von Staudinger, Planck, Oertmann, Rehbein u. A. vertretene Ansicht: dagegen sagt Hupka S. 339 Anm. 2, das B. G. B. habe außer der im § 181 enthaltene Ausnahme eine solche nicht statuiert.

[68]) Ebenso Staudinger S. 561, Cohen S. 52, Sprinz S. 30.

Handelsgesellschaft und andererseits als Eigenperson; sie nehmen im Namen der vertretenen Gesellschaft mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft, die Vollmachts-Erteilung, vor. Ebendiese Gestattung des Selbstkontrahierens findet sich auch im § 232 Abs. I H. G. B. für die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft.

Dagegen sehen wir nicht eine ausnahmsweise gesetzliche Gestattung im § 1009 B. G. H.[69]). Wenn das dem A, B und C gehörige Grundstück zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, das zur Zeit der Belastung dem A gehört, belastet wird, so liegt hierin noch kein Selbstkontrahieren des Vertreters: denn die Gesamtheit der Miteigentümer bildet keine juristische Person, deren Vertreter gerade A sein sollte. Diese Annahme, die von den Gegnern zur Begründung ihrer Ansicht angeführt wird, ist durchaus willkürlich. Im Falle des § 1009 liegt vielmehr gar kein Vertretungsverhältnis vor, und es kann daher auch nicht von der gesetzlichen Gestattung des Selbstkontrahierens des Vertreters die Rede sein. — Ebenso kann der im § 400 H. G. B. geregelte Selbsteintritt des Kommissionärs nicht hierher gerechnet werden[70]). Wie § 383 H. G. B. ausdrücklich bestimmt, handelt der Kommissionär nicht im Namen des Kommittenten, sondern im eigenen Namen; er ist also garnicht Vertreter des Kommittenten; und mangels einer positiven Vorschrift muß dieser Grundsatz auch für den selbsteintretenden Kommissionär gelten. Der Selbsteintritt ist nur eine Art der Ausführung des Kommissionsgeschäftes und ein wirkliches Kaufgeschäft[71]). Es fehlt aber ein Vertretungsverhältnis, und es kann daher u. E. von dem Selbstkontrahieren des Vertreters nicht die Rede sein.

[69]) So auch Staudinger S. 561, Rehbein I S. 255/6, Sprinz S. 31. abw. Meißner S. 168, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 181; das R. G. 47 S. 209 will nur „vielleicht" hierin eine solche sehen.

[70]) Diese Ansicht teilen auch Staudinger S. 561, Sprinz S. 35, Oertmann S. 555, R. O. H. G. 2 S. 402; abw. Hupka S. 339 Anm. 2.

[71]) So erklärt auch Staub S. 1786 Anm. 2 u. 3 u. R. G. 25 S. 71 den Selbsteintritt; dagegen sehen Lehmann—Ring S. 255 u. Salmann S. 379 darin „ein nach den Grundsätzen vom Kaufvertrage zu beurteilendes Schuldverhältnis, welches der Kommissionär durch einseitigen Akt ins Leben ruft".

b) „Es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht".

Der zweite Ausnahmefall des § 181 ist der, daß das vorgenommene Rechtsgeschäft „ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht". Unter Verbindlichkeit verstehen wir eine Leistung, zu welcher eine Person einer anderen gegenüber auf Grund eines Schuldverhältnisses verpflichtet ist. Wenn diese Leistung bewirkt wird, so ist die Verbindlichkeit erfüllt, das zwischen den Personen bestehende Schuldverhältnis ist durch Erfüllung erloschen. Jedes Schuldverhältnis begründet eine Verbindlichkeit, und keine Verbindlichkeit kann ohne ein Schuldverhältnis bestehen[72]). So haben wir es z. B. bei Spiel und Wette nicht mit einem Schuldverhältnis zu tun; denn das Gesetz bestimmt ausdrücklich, daß durch diese keine Verbindlichkeit begründet wird. Dagegen liegt ein wirkliches Schuldverhältnis vor, wenn ein Anspruch verjährt ist; die Verbindlichkeit ist dadurch nicht erloschen; es steht ihrer gerichtlichen Geltendmachung nur eine Einrede entgegen. Die Richtigkeit dieser Behauptung sehen wir daraus, daß die Verbindlichkeit durch vertragsmäßiges Anerkenntnis wieder völlig klagbar werden kann. — Unter Erfüllung ist nur zu verstehen, daß die aus dem Schuldverhältnis entspringende Leistung tatsächlich an den Gläubiger bewirkt wird, um dadurch das Schuldverhältnis zur Aufhebung zu bringen[73]). In diesem rein technischen Sinne darf nun aber die „Erfüllung" im § 181 nicht verstanden werden; denn sonst müßten wir auch die Aufrechnung für unzulässig erklären. Es ist nun aber nicht einzusehen, weshalb es zulässig sein soll, daß der Vertreter die von ihm geschuldeten 100 M aus seiner Kasse in die des von ihm Vertretenen legt und sodann wieder aus der Kasse des Vertretenen die ihm geschuldeten 100 M in seine eigene Kasse zahlt, während es ihm nicht gestattet sein soll, die beiden Forderungen ohne

[72]) Cohen S. 47 vertritt dieselbe Ansicht.

[73]) Vgl. Matthiaß S. 374 „die Befreiung durch Beschaffung der dem Schuldner obliegenden Leistung zum Zwecke der Aufhebung des Schuldverhältnisses und mit der Wirkung der Aufhebung".

diesen Vorgang mit einander aufzurechnen. In der Tat stellt doch die Aufrechnung in ihre Teile zerlegt „nichts Anderes dar, als eine doppelte Erfüllung von Verbindlichken“[74]). U. E. ist daher die Aufrechnung dem Vertreter wohl zu gestatten[75]). Anders verhält es sich mit der Leistung an Erfüllungsstatt; es würde doch zu den schlimmsten Interessenkollisionen führen, wenn man dem Vertreter erlauben wollte, statt der geschuldeten Leistung eine beliebige andere zu bewirken und damit das Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen[76]). Auch selbst die Annahme eines zur Hingabe an Zahlungsstatt bestimmten Wechsels kann nicht als Erfüllung angesehen werden; diese wird vielmehr erst durch die Hingabe des akzeptierten Wechsels bewirkt. Aber auch wenn man schon das Akzept als Teil des Erfüllungsgeschäftes auffassen wollte, würde es doch nicht ausschließlich die Erfüllung einer Verbindlichkeit darstellen, da mit der Annahme des Wechsels die neuen Verpflichtungen entstehen, die durch gesetzliche Vorschrift mit dem Wechselakzept verbunden sind. Der Vertreter kann daher nicht einen von ihm ausgestellten Wechsel im Namen des Mündels akzeptieren[77]). Zweifel kann man hegen darüber, wie es mit der Erfüllung einer noch nicht fälligen oder einredebehafteten Forderung steht. Man wird hier unterscheiden müssen, ob der Vertreter oder der Vertretene Gläubiger der Forderung ist; denn darüber herrscht kein Streit, daß sowohl der Vertreter im eigenen Namen eine Verbindlichkeit sich gegenüber im fremden Namen als auch umgekehrt erfüllen kann. Wenn nun also der Vertreter der Schuldner der einredebehafteten oder noch nicht fälligen Forderung ist, so wird man ihm die Zahlung derselben wohl unbedenklich gestatten können; denn die gegenteilige Ansicht würde gerade die vom Gesetz gewollte Verkehrserleichterung da, wo eine Interessenkollision nicht zu befürchten ist, zu nichte machen; zudem dürfte in der Zahlung einer noch nicht fälligen oder einredebehafteten

[74]) Cohen S. 48.

[75]) Ebenso Staudinger I S. 561, Derenburg I S. 496, Kuhlenbeck I S. 147, Rehbein I, S. 255, Staub I S. 256 Anm. 14, abw. Planck I S. 314, Cosack I S. 242, Biermann I S. 284 Anm. 6.

[76]) Vgl. K. G. in Rspr. 8 S. 32.

[77]) Ebenso Sprinz S. 29 und O. L. G. Köln in Rspr. 5 S. 30.

Forderung des Vertreters „ausschließlich" eine Erfüllung zu sehen sein, bei der der Schuldner das ihm zustehende Gegenrecht nicht beachtet, dessen Geltendmachung ja völlig in sein Belieben gestellt ist. Anders liegt der Fall, wenn der Vertretene Schuldner einer solchen Forderung ist; hier könnte durch ein vorzeitiges Erfüllen dem Vertretenen ein Schaden entstehen, der gerade durch den § 181 vermieden werden sollte; wir möchten daher in diesem Falle die Zahlung durch den Vertreter nicht zulassen[78]). Auf jeden Fall ausgeschlossen ist die Zahlung einer streitigen Schuld; hier besteht das Rechtsgeschäft nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, sondern es liegt gleichzeitig noch ein Anerkenntnis vor. Bei der Wahlschuld müssen wir wieder unterscheiden, wem die Wahlbefugnis zusteht. Hat der Vertreter als Eigenperson die Wahl zu treffen, so hat dies mit seiner Vertretereigenschaft nichts zu tun; wenn er im eignen Namen die Wahl sich als dem Vertreter gegenüber erklärt und dann die Schuld zahlt, so liegt hinsichtlich der Wahl kein „mit" dem Vertreter im eigenen Namen vorgenommenes, im übrigen nur ein auf die Erfüllung gerichtetes Rechtsgeschäft vor, und es ist gegen dessen Gültigkeit nichts einzuwenden. Im umgekehrten Fall, daß die Wahlbefugnis dem Vertretenen zusteht, ist es unzulässig, daß der Vertreter die Wahl erklärt und die hierdurch geschuldete Leistung bewirkt; denn es würde neben der Erfüllung noch ein anderes empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, die Wahlerklärung, vorliegen. Im Anschluß an unsere eingangs getane Erwähnung einer Spielschuld mag hier noch der Fall betrachtet werden, daß der Vertretene an sich als Eigenperson eine Spielschuld des Vertretenen zahlt. Zwar kann der Vertretene nach § 762 Abs. I S. 2 B. G. B. das einmal Geleistete nicht zurückverlangen, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hatte; aber da eben keine Verbindlichkeit vorhanden war, handelt es sich auch nicht um die Erfüllung einer Verbindlichkeit und der ganze Akt würde nach § 181 nicht zulässig sein. Welche Wirkungen nun der Verstoß gegen § 181 hat, werden wir noch unten sehen. Hier mag nur noch die

[78]) Unserer Ansicht auch Staudinger I S. 561, Oertmann I S. 556, Sprinz S. 25. Cohen S. 47 ff, dagegen hält Planck I S. 314 die Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld stets für unstatthaft.

Frage erörtert werden, ob der Vertreter, der an sich eine dem Vertretenen gegen ihn zustehende Forderung gezahlt hat, berechtigt ist, sich darüber eine Quittung auszustellen. Nach § 368 B.G.B. hat der Gläubiger gegen Empfang der Leistung auf Verlangen des Schuldners eine Quittung auszustelllen. In der konkludenten Handlung des Quittierens liegt das Verlangen nach einer Quittung, so daß der Vertreter lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit bewirkt, wenn er sich eine Quittung ausstellt[79]).

§ 7.

Das Wesen des vom Vertreter mit sich selbst geschlossenen Vertrages.

a) Es liegt ein wirklicher Vertrag vor.

Die Hauptschwierigkeit beim Selbstkontrahieren des Stellvertreters bildet wohl auch heute noch immer die Frage, wie man den Vorgang beim Vertragsschluß des Vertreters mit sich juristisch erklären will, und zwar sind hier die beiden Ansichten vertreten, daß es sich um einen wirklichen Vertragschluß handelt, und daß es nur ein einseitiges Rechtsgeschäft sei, dem Vertragswirkungen beigelegt sind. Zur Beurteilung dieser Streitfrage müssen wir auf den heutigen Begriff des Vertrages zurückgehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt uns keinen Begriff des Vertrages, jedoch können wir aus den §§ 145, 151, 154, 156 den Vertrag als die Einigung mehrerer Willen zwecks Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung definieren.[80]) Wesentlich ist also, daß für zwei Rechtssphären kraft der Einigung der für die Rechtssphären maßgebenden Willen eine Rechtswirkung herbeigeführt wird; es werden also in der Regel auch zwei Personen beim Vertragsschluß auftreten. Einen Fall gibt es nun aber, in dem für zwei gesonderte Rechtssphären nur eine Person maßgebend ist, und dieser eine Fall ist die direkte Stellvertretung. Der direkte Stellvertreter repräsentiert in vermögensrechtlicher Beziehung zwei getrennte Vermögenskomplexe und zwei getrennte Willen. Treten nun diese

[79]) Sprinz S. 25.

[80]) Vgl. Rehbein I S. 205, Planck I S. 259, Böckelmann S. 9, Cohen S. 15.

beiden Willen, wenn auch nur innerlich in dem Vertreter zueinander in Beziehungen, und kommt eine Einigung dahin zustande, daß für die beiden Vermögenskomplexe Rechtswirkungen eintreten sollen, so ist dem Erfordernis des Vertrages vollauf genügt, und wir sehen nicht ein, weshalb wir hier nicht einen wirklichen Vertragsschluß annehmen sollen.[81]) Die Gegner[82]) unserer Ansicht gehen von der im Gesetz nicht begründeten Voraussetzung aus, daß zum Vertragsschluß unbedingt zwei Personen vorhanden sein müssen, und wollen daher in dem Vertrage des Vertreters mit sich im eigenen Namen oder im Namen eines Dritten ein einseitiges Rechtsgeschäft sehen, dem vom Gesetz Vertragswirkungen beigelegt sind. Aus dem Gesetzbuch selbst und aus den Vorarbeiten dazu läßt sich diese Ansicht nicht rechtfertigen, und außerdem kann sie für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht für befriedigend anerkannt werden. Es ist sowohl logisch, als auch rein äußerlich etwas Verschiedenes, ob jemand nur als Eigenperson auftritt oder ob er gleichzeitig auch als Vertreter eines andern handelt. Zudem dürfte der äußere Vorgang beim Vertragsschluß mit sich selbst in zwei besondere Rechtsakte zerfallen, so wird z. B. bei der Zahlung der Eintragung unter die Einnahmen in den Geschäftsbüchern des einen eine solche unter die Ausgaben in die des andern entsprechen. Auch rechtlich liegt nicht nur eine, sondern zwei Willenserklärungen vor, die schon deshalb von einander geschieden werden müssen, weil die eine im eignen Namen, die andere im Namen des Vertretenen abgegeben ist.

b) Der Vertrag muß äußerlich in die Erscheinung treten.

Zur Durchführung unserer Ansicht, daß wir es mit einem wirklichen Vertrage zu tun haben, verlangen wir einmal, daß die vom Gesetz für den Abschluß eines Vertrages vorgeschriebene Form auch vom Vertreter, der mit sich selbst einen Vertrag schließt, beobachtet werden muß[83]), und daß andrerseits auch dort, wo eine Formvorschrift nicht existiert, der Vertragschluß

[81]) Ebenso Hölder S. 361, Planck I S. 315, Leonhard S. 307, Oertmann I S. 558, Rehbein I S. 205, Böckelmann S. 9, Cohen S. 16.

[82]) Wie Biermann I S. 285, Staudinger I S. 558, unentschieden lassen die Frage Matthiaß und Dernburg.

[83]) So auch Crome S. 457, Oertmann S. 557 Anm. 4.

äußerlich in die Erscheinung tritt; „es genügt nicht, daß der Vertreter den Doppelwillen nach Art eines Monologes mündlich oder schriftlich verlautbart“[84]). Zu weit dürfte in dieser Frage allerdings Hupka[85]) gehen, wenn er nur die Vornahme des Rechtsgeschäftes vor einer Urkundsperson, oder die Mitteilung an den Vertretenen als genügende Verlautbarung gelten lassen will; es würde dadurch eine vom Gesetzgeber wohl kaum gewollte Erschwerung des Selbstkontrahierens herbeigeführt werden. U. E. genügt eine schriftliche Aufzeichnung schon dann, wenn sie nicht mehr einseitig vom Vertreter zurückgenommen werden kann; auch die Aussage vor unparteiischen Zeugen würde aus denselben Gründen für ausreichend gelten. Ebenso ließe sich nichts einwenden gegen die Einlage von Geld, welches der Vertreter aus einem Rechtsgeschäft für den Vertretenen eingenommen hat, in die dritten zugängliche und von ihnen kontrollierte Kasse. Zu milde erscheint es uns jedoch bei der Uebergabe von Sachen jede räumliche Trennung von anderen Sachen als genügend anzusehen[86]), und auch der Ansicht des Reichsgerichts[87]), daß das Einlegen von Wertpapieren in einen Umschlag mit entsprechender Aufschrift zur Verlautbarung des vorgenommenen Selbstkontrahierens genüge, möchten wir uns nur mit Vorsicht anschließen. Dagegen liegt ein besonders klarer Fall beim Auflassen eines Grundstücks vor, welches der Vertreter für sich von seinem Vollmachtgeber erworben hat[88]). Wir legen eben nicht nur darauf Gewicht, daß der Selbstkontrahierungsakt äußerlich für Dritte erkennbar in die Erscheinung tritt, sondern verlangen noch, daß er auch von Dritten wahrgenommen wird, damit er vom Vertreter nicht beliebig rückgängig gemacht werden kann[89]); erst dann ist der Vertretene wirksam geschützt.

[84]) Motive I S. 224/5.

[85]) Hupka S. 278.

[86]) So Sprinz S. 36; das O. L. G. Kiel in Rspr. 5, S. 46 verlangt, daß die räumliche Veränderung Dritten erkennbar ist.

[87]) R. G. 52 S. 130, 63 S. 16.

[88]) Staub S. 255 Anm. 13.

[89]) Wir stehen also auf einem Standpunkt zwischen Hupka und der herrschenden Lehre, die nur die Erkennbarkeit fordert, so Staudinger I S. 501, Kuhlenbeck I S. 148, Biermann I S. 285, Enneccerus S. 521.

§ 8.

Die Wirkung eines Verstoßes gegen § 181.

Als Schluß der ganzen Abhandlung muß hier noch auf die sehr bestrittene Frage eingegangen werden, welche Wirkungen ein Verstoß gegen § 181 auf das vorgenommene Rechtsgeschäft ausübt. Wenn der Gesetzgeber sagt, ein Rechtsgeschäft „kann nicht" vorgenommen werden, so will er damit bestimmen, daß die Vornahme des Rechtsgeschäfts rechtlich unzulässig ist, d. h. daß das trotzdem vorgenommene Rechtsgeschäft unwirksam, also nichtig ist. So bestimmt also auch der § 181, daß das gegen das Verbot verstoßende Rechtsgeschäft des Vertreters nichtig sei. Dieses ist denn in der Tat die heute herrschende[90]) Ansicht, und nur von wenigen[91]) wird behauptet, daß das gegen § 181 verstoßende Rechtsgeschäft nur schwebend unwirksam sei und durch nachträgliche Genehmigung gemäß § 177 B. G. B. voll wirksam werden könne. Zur Bekräftigung dieser Ansicht werden Billigkeitsgründe angeführt, die aber dem klaren Wortlaut des Gesetzes gegenüber ohne Bedeutung sein dürften, selbst wenn man ihre Berechtigung anerkennen würde. Auch daraus, daß die vorherige Gestattung das Rechtsgeschäft wirksam machen kann, ist nicht zwingend zu folgern, daß die nachträgliche Genehmigung die schwebende Unwirksamkeit heilen kann. Dieser Schluß ist eben auch nur ein aus Billigkeitsrücksichten entspringender, der aber den klaren Wortlaut des Gesetzes nicht beseitigen kann. Der § 181 ist ein Verbotsgesetz und gibt nicht nur eine Abgrenzung der Vertretungsmacht, so daß wir es bei einem Zuwiderhandeln nur mit einer Ueberschreitung der Vertretungsmacht und insoweit mit der Vertretung ohne Vertretungsmacht zu tun hätten, dann müßte allerdings

---

[90]) So Planck I S. 316, Staub I S. 255, Sprinz S. 40, Matthiaß I S. 250, Endemann S. 400, Cosak S. 242, Kuhlenbeck S. 147, Gareiß S. 214, Böckelmann S. 30, Cohen S. 55, R. G. 51 S. 426 u. K. G. in Rspr. 3 S. 109 u. 8 S. 30.

[91]) Wie Biermann I S. 285, Oertmann I S. 555, Dernburg S. 497, Ennecerus S. 422 u. R. G. 67 S. 51, 68 S. 40 u. 180, Staudinger I S. 560 will beim gesetzlichen Vertreter Nichtigkeit, beim rechtsgeschäftlichen Vertreter nur schwebende Unwirksamkeit annehmen.

die nachträgliche Genehmigung zugelassen werden. Für die von uns vertretene Ansicht spricht ferner der Umstand, daß die gegenteilige Ansicht sich nur auf den rechtsgeschäftlichen Vertreter erstrecken kann. Wie wir unten gesehen haben, kann dem gesetzlichen Vertreter nur das Gesetz ein Selbstkontrahieren gestatten. Wer sollte nun ein vom gesetzlichen Vertreter entgegen der Vorschrift des § 181 vorgenommenes Rechtsgeschäft nachträglich genehmigen, damit es voll wirksam werden kann! Auch das Reichsgericht[92]), das anfänglich unsere Ansicht teilte, hat sich in den neuesten Entscheidungen auf den Standpunkt der Gegner gestellt und weist zur Begründung seiner Ansicht besonders auf die Aehnlichkeit mit den §§ 456/8 B. G. B. hin. Der dort geregelte Fall, daß der mit dem Verkauf Beauftragte zwar in der Regel die zu versteigernde Sache nicht für sich kaufen darf, der Verstoß dagegen jedoch durch die nachträgliche Genehmigung der Beteiligten geheilt werden kann, weist doch nur eine entfernte Aehnlichkeit mit § 181 auf, wenn man von der zweifelhaften Voraussetzung ausgeht, daß der mit dem Verkauf Beauftragte Vertreter des Verkäufers ist[93]); und selbst dann spricht die ausdrückliche Bestimmung des § 458 mehr für unsere Ansicht; denn wenn der Gesetzgeber allgemein die gegen § 181 verstoßenden Rechtsgeschäfte für schwebend unwirksam hielt, wäre die Wiederholung in § 458 unnötig gewesen. Wir stehen also auf dem Standpunkt, daß ein Verstoß gegen § 181 das Rechtsgeschäft nichtig macht. Daß diese Ansicht vielleicht Härten mit sich bringt, kann allerdings nicht geleugnet werden, jedenfalls aber entspricht sich dem Prinzipe des Gesetzgebers, das Selbstkontrahieren des Vertreters nur ganz ausnahmsweise zuzulassen.

[92]) R. G. 56 S. 108.
[93]) Vgl. Planck II S. 359, Boehm S 54.